

Incertitudes sur le statut de la commission affiliation

La formule de la commission affiliation - contrat dans lequel le détaillant vend des produits pour le compte du fournisseur mais en son nom propre - a connu un grand succès ces dernières années, notamment dans le domaine du prêt-à-porter où elle est plébiscitée tant par les marques, qui conservent dans ce système la maîtrise de leur politique de prix et d'approvisionnement, que par les détaillants, qui n'ont pas à financer les stocks, dont la marque reste propriétaire.

Un arrêt du 13 septembre 2006 avait inquiété les adeptes de cette formule : la Cour d'appel de Paris avait en effet requalifié le contrat d'un affilié de la société Chattawak en contrat d'agent commercial, au motif que l'affilié ne vendait pas les produits en son nom propre (comme le ferait un vrai commissionnaire) mais au nom de la société Chattawak. La Cour d'appel avait notamment relevé que les tickets de caisse portaient le nom Chattawak, que la recette était encaissée sur un compte détenu par la société Chattawak, que le magasin portait l'enseigne Chattawak à l'exclusion de tout autre, etc., autant de pratiques très répandues dans les contrats d'affiliation.

Un risque de requalification pesait donc sur l'ensemble de ces contrats, risque qui semblait toutefois avoir été levé par la cassation de cet arrêt (Com. 26 fév. 2008). C'était sans compter sur la Cour d'appel de renvoi, qui a récemment confirmé la solution du 13 septembre 2006 (CA Paris 9 avril 2009), y ajoutant que l'affilié n'était pas, en l'espèce, propriétaire du fonds de commerce, lequel appartenait à la société Chattawak. Cette précision est très contestable puisque, dans le même temps, la Cour a relevé que la clientèle (élément déterminant et irréductible du fonds de commerce) était attachée à l'affilié.

Deux risques importants pèsent donc aujourd'hui sur ces contrats : (i) un risque de requalification en contrat d'agent, avec pour conséquence le paiement obligatoire d'indemnités à l'affilié en cas de rupture et (ii) une incertitude sur la propriété commerciale du fonds, et donc sur l'applicabilité du statut des baux commerciaux, sujet que l'on croyait pourtant tranché depuis les arrêts rendus en matière de franchise sur la même problématique.

Responsabilité de la société mère du fait des pratiques anticoncurrentielles de ses filiales

Le droit de la concurrence ne s'attache pas au concept classique de la personnalité morale, mais vise "*l'entreprise*" au sens d'unité économique, quelle que soit sa forme juridique ou son organisation. Pour considérer qu'une société mère et ses filiales forment une seule et même "*entreprise*", le critère retenu est celui de l'exercice, par la société mère, d'une "*influence déterminante*" sur ses filiales.

Or, les autorités de concurrence présument que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale dès lors qu'elle détient la totalité ou la quasi-totalité de son capital. Partant, la société mère est très souvent présumée être conjointement et solidairement responsable des actes anticoncurrentiels commis par ladite filiale.

La CJCE et le TPICE ont récemment rappelé que cette présomption peut être renversée par la société mère si elle démontre l'autonomie de sa filiale sur le marché. Mais ils ont surtout montré que la démonstration d'une telle autonomie est en réalité extrêmement difficile à faire (CJCE 10/09/09, C-97/08 et TPICE 30/09/09, T-168/05, T-174/05, T-175/05). La Cour et le Tribunal ont en effet balayé tous les éléments avancés par les parties : la mère ignorait les faits anticoncurrentiels commis par la filiale, la mère était une holding financière non opérationnelle, la filiale était autonome sur le plan commercial, etc.

Le degré d'exigence des juridictions communautaires pour faire tomber la présomption est donc particulièrement élevé en la matière, ce qui laisse penser que, dans la pratique, il sera impossible à une société mère de démontrer l'autonomie de sa filiale, et donc d'échapper à la qualification d'entreprise unique.

Les conséquences ne sont pas négligeables : outre la responsabilité conjointe et solidaire de la société mère, les sanctions encourues sont aggravées, du fait d'une part de l'augmentation du plafond de l'amende (10 % du chiffre d'affaires mondial HT de "*l'entreprise*") et d'autre part du risque, pour la société mère, de se trouver en situation de récidive (puisque les pratiques commises par ses filiales lui sont imputées quasi systématiquement).

Aperçu sur la réglementation des clauses abusives

Introduit dans la législation française en 1978, le mécanisme des clauses abusives a beaucoup évolué, en particulier sous l'influence du droit communautaire. En effet, face à un développement toujours plus croissant de ce type de clauses, en particulier dans les contrats d'adhésion, l'arsenal juridique ne cesse de s'enrichir.

Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Une clause est abusive lorsqu'elle a "pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un **déséquilibre significatif** dans les droits et obligations des parties" (article L. 132-1 du code de la consommation).

Le caractère abusif d'une clause s'apprécie **in concreto**, au regard des circonstances dans lesquelles le contrat concerné a été conclu, de l'équilibre général du contrat et de sa légitimité à l'égard du consommateur ou du non professionnel. Sera par exemple abusive une clause octroyant au professionnel un avantage ou un pouvoir unilatéral, sans contrepartie pour le consommateur (exemple : le droit d'augmenter ses prix sans possibilité pour le consommateur de rompre le contrat).

La charge de la preuve du consommateur ou du non professionnel est facilitée. Le décret du 18 mars 2009 a en effet introduit deux listes : l'une relative à 12 clauses "*interdites*" (clauses dites noires), c'est-à-dire dont le caractère abusif est automatique, l'autre relative à 10 clauses "*suspectes*" (clauses dites grises), c'est-à-dire dont le caractère abusif est présumé, à charge pour le professionnel d'apporter la preuve contraire.

Quel est le sort d'une clause abusive ? Une clause jugée abusive est **réputée non écrite** ; elle est **inopposable** au consommateur et au non professionnel.

Pour accroître la protection du consommateur et du non professionnel, le législateur a pris diverses mesures de lutte contre ce type de clauses. Le juge peut ainsi désormais **soulever d'office** le caractère abusif d'une clause ; les associations de consommateurs sont également compétentes pour saisir le juge afin de faire supprimer les clauses abusives d'un contrat type ; surtout, les agents de la DGCCRF se sont vu reconnaître le pouvoir d'enjoindre au professionnel la **suppression** d'une clause qu'ils estiment abusive ainsi que la possibilité de saisir la juridiction compétente pour voir ordonner au professionnel, sous astreinte, la suppression de la clause litigieuse.

Qui peut se prévaloir de la réglementation relative aux clauses abusives ? Assurément, les consommateurs. La notion de non-professionnel, quant à elle, désigne globalement toute personne physique ou morale qui conclut un contrat en vue de satisfaire ses **besoins purement personnels et privés**. La ligne de partage entre "*professionnel*" et "*non-professionnel*" n'est toutefois pas toujours simple à tracer, en particulier lorsque le "*non-professionnel*", étranger à l'activité concernée par le contrat, agit néanmoins dans le cadre de son activité professionnelle. On citera, à titre d'exemple, le cabinet d'architecte, professionnel dans son métier, qui conclut un contrat pour la télésurveillance de ses locaux, activité étrangère à la sienne.

En réponse à cette problématique, la jurisprudence française tend à appliquer la réglementation relative aux clauses abusives aux contrats conclus par des professionnels lorsque ces contrats n'ont pas **de lien direct** avec leur activité. Mais cette jurisprudence regorge de solutions contradictoires qui ne permettent pas de déterminer un critère d'application précis : pour reprendre notre exemple, un contrat de télésurveillance de locaux professionnels sera parfois jugé avoir un lien direct avec l'activité du professionnel (auquel cas la réglementation des clauses abusives ne sera pas applicable), parfois non, sans que la nature des activités en cause explique la différence de traitement.

La réglementation communautaire est beaucoup plus claire puisqu'elle ne vise que la protection du consommateur, personne physique, la Cour de Justice des Communautés Européennes excluant clairement les professionnels du bénéfice de ce dispositif.

Pour le moment, cette réglementation n'a qu'un objectif d'harmonisation minimale, ce qui permet aux Etats membres de prévoir une législation plus protectrice des intérêts de ses citoyens. Cela étant, un projet de directive visant à harmoniser de façon complète les droits des consommateurs a été élaboré, projet qui, s'il venait à être adopté, imposerait à la France d'aligner sa législation (notamment la définition du consommateur, mais également ses deux listes de clauses noires et grises) sur les dispositions communautaires, sans pouvoir prévoir de dispositions dérogatoires, même plus protectrices.

Cette harmonisation, favorable aux uns, défavorable aux autres, aura au moins l'avantage, pour tous, de la clarté et donc de la sécurité juridique dans la rédaction des contrats.